

BÖLÜM 3/6

AÇIK KAYNAK KODLU YAZILIM
LİSANSLARINA GÖRE İŞLEME
HAKKI VE İŞLENMİŞ ESER

ŞEVVAL ŞEN ÇOLAK

ÖZET

Bilişim sektörünün gelişmesi ve bu alanın ticari hayatta önemli yer tutması çok sayıda imkân sağlarken, haksız kopyalama ve buna benzer riskleri de beraberinde getirmektedir. Söz konusu risklere yazılımı meydana getiren kişinin emeği ve yaptığı masraflar da eklendiğinde, üretilen ürünlerin hukuken korunmasının önemi ve gerekliliği en temel konu haline almaktadır. Bilgisayar programlarının, bir diğer deyişle yazılımların korunması hususunda tartışmalar günümüzde hukuk dünyasında devam etmekte iken, dünyanın kimi ülkelerinde yazılımlar ve kaynak kodları patent hukuku çerçevesinde korunmaktadır. Türkiye dahil dünyanın birçok ülkesinde ise yazılımlar ve kaynak kodları telif hukuku çerçevesinde korunmaktadır. Yazılımlar kendi içinde kapalı kaynak kodlu yazılımlar, özgür yazılımlar, açık kaynak kodlu yazılımlar şeklinde sınıflandırılmaktadır. Bunlara ilişkin telif hakkı yorumu da değişmekte ve farklılaşmaktadır. Herkesin kullanımına açık olan açık kaynak kodlu yazılımların temel alınarak yeni bir yazılım meydana getirilmesi hususu ise çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır. Bu noktada "Açık kaynak kodlu yazılımlar nasıl gerçekleştirilmektedir?", "Bunlara göre işleme hakkı ve işlenmiş eser kavramları nasıl değerlendirilmelidir?" gibi birçok soru gündeme gelmektedir. Çalışmamız kapsamında açık kaynak kodlu yazılımlar ve bunlara ilişkin lisanslar 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu¹ ("FSEK") çerçevesinde değerlendirilmektedir.

→ ANAHTAR KELİMELELER

AÇIK KAYNAK KODLU YAZILIM LİSANSI, İŞLEME HAKKI, İŞLENMİŞ ESER, FSEK.

DİPNOT

1 RG. 13.12.1951, Sayı: 7981

I. GİRİŞ

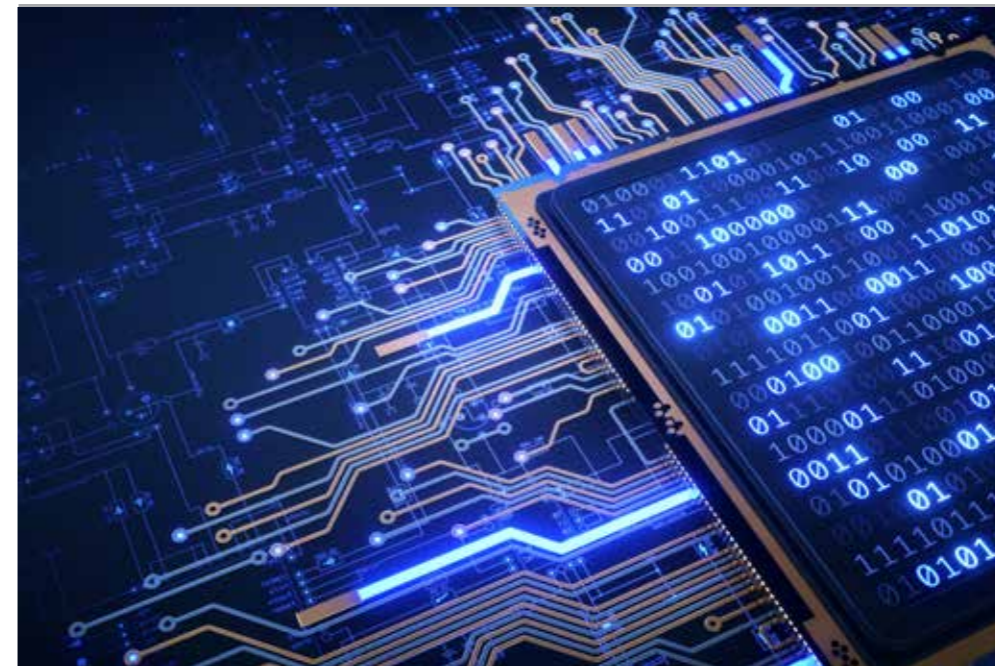
Yazılım ürünleri, hazırlık aşamalarında yoğun emek ve uzun çalışmalar sonucu üretilirken, kopyalanmaları son derece ucuz ve kolay olan eserlerdir. Yazılımların hangi unsurlarının FSEK kapsamında koruma altına alındığı konusunda açıkça düzenlenmiştir. Bu kapsamda, hazırlık çalışmaları, program akışı ile nesne ve kaynak kodları korunurken; düşünceler ve ilkeler ile algoritma ve ara yüzler koruma kapsamı dışında bırakılmıştır².

Çalışmamızın konusu olan açık kaynak kodlu yazılımların da detaylıca izah edileceği üzere, FSEK çerçevesinde eser olarak kabul edilebileceği ve bu çerçevede mali ve manevi hakları uhdesinde bulunduracağı kabul edilebilecektir.

1960'lı yılların ortasında ortaya çıkan açık kaynak kod akımı ile birlikte yazılımlara ait kaynak kodlar herkesle paylaşılabilir hale gelmiş ve yazılım geliştirici üçüncü kişiler tarafından işlenebilir olmuştur. Bu akımın esas amacı, yazılım alanındaki gelişmelerin büyük firmaların tekeline bırakılmadan dünya çapındaki yazılımcılarla sağlanmasıdır. Aynı zamanda ücretsiz ve herhangi bir ürün ya da herhangi bir kesim için ayrıcalıklı olmayan bu uygulama ile, genç yazılımcıların da önü açılmış olmaktadır.

II. AÇIK KAYNAK KODLU YAZILIM

Açık kaynak kodlu yazılım kavramı 1960'lı yıllarda ortaya çıkmış ve dünyada 1990'lı yıllarda bilgisayar ve internet gibi bilgi teknolojileri ile birlikte yaygınlaşmaya başlamıştır. 1990'lı yılların başından bu yana devam eden küreselleşme süreci aynı zamanda fikri mülkiyet haklarının önemini de gözler önüne sermiştir. Bu dönemde açık kaynak kodlu yazılımın özel mülkiyete tabi yazılım karşısında korunmasında ve dolayısıyla da yayılmasında Richard Stallman'ın ve Özgür Yazılım Vakfı³'nin katkıları önemli bir noktadadır. Anılan oluşum çerçevesinde yazılımlara ilişkin kaynak kodların herkese açık bir şekilde sunulması gerektiği savunulmaktadır. Kaynak kod, yazılımlarla birlikte genellikle kullanıcılar ile paylaşılmamaktadır. Bir başka deyişle yazılım, programın çalıştırılmaya hazır derlenmiş formunda satılmakta veya yayımlanmaktadır⁴. Bunun temelinde kaynak kod verildiğinde programcıların bu kaynak kodu geliştirip ücretsiz dağıtması kaygısı yer almaktadır. Kaynak kodlarının açık halde bulunması, yazılım şirketlerinin yeni bir rekabet alanında da faaliyet göstermesine sebebiyet vermektedir. Aynı zamanda kaynak kod verilmemesi ve nihai yazılım verilmesi ise, sıradan kullanıcıların programı kurmasını kolaylaştırmakta ve onları programı derleme zahmetinden kurtarmaktadır⁵.



DİPNOT

2 Elif, Sevinç, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, sayfa 4

3 Özgür Yazılım Vakfı (Free Software Foundation), özgür yazılım hareketi ve GNU projesini desteklemek üzere 4 Ekim 1985 tarihinde Richard Stallman tarafından kurulan, 4 temel yazılım özgürlüğünü savunan ve bu özgürlüklerin copyleft lisanslar ile korunmasını tercih eden, kâr amacı gütmeyen bir sivil toplum örgütüdür.

4 Linfo, T.L.P., 2006, "Source Code Definition", http://www.linfo.org/source_code.html (Erişim Tarihi: 01.09.2021), sayfa 10

5 Linfo, http://www.linfo.org/source_code.html (Erişim Tarihi: 01.09.2021)

BÖLÜM 3/6

DİPNOT

6 1998 tarihinde açık kaynak kodlu yazılımları korumak, geliştirmek teşvik amacıyla Kaliforniya’da kurulmuştur. Açık Kaynak Girişimi adını taşıyan bu kuruluş kâr amacı gütmeyerek açık kaynak kodlarına ilişkin çalışmalarını ve lisans düzenlemelerini takip etmektedir.

7 <https://opensource.org/osd> (Erişim Tarihi: 01.09.2021)

8 A. Goldberg Matthew, “Open Source Software Licenses Held Enforceable” *Litigation News* 34, no. 2 (Winter 2009): 3-4, sayfa 3; ARSLAN, Oğuz, Yeni Kamusal Mal: Özgür ve Açık Kaynak Kodlu Yazılım, Nisan Kitabevi, Ankara, 2011, sayfa 3

9 Yadav, A., 2008, Microprocessor 8085, 8086, New Delhi-India, University Science Press/Laxmi Publications Pvt. Ltd. (Naklen: ...)

10 Linfo, http://www.linfo.org/source_code.html (Erişim Tarihi: 01.09.2021)

11 Robert W. Gomulkiewicz, „De-Bugging Open Source Software Licensing,” *University of Pittsburgh Law Review* 64, sayfa 78

12 Zeki, ÖZEN, Bilişim Hukukunda Kaynak Kod İntihali, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, sayfa 8

13 David, Ferrance, “Economic Interests and Jacobsen v. Katzer: Why Open Source Software Deserves Protection under Copyright Law”, sayfa 822

14 Pelin Özkaya, Refik Samet, “Yazılım Ürünlerinin Telif Hukuku Kapsamında Korunması”, *Uluslararası Bilgi Mühendisliği Dergisi*, sayfa 21

15 https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf (Erişim Tarihi: 01.09.2021)

16 https://www.telifhaklari.gov.tr/resources/uploads/2012/03/18/2012_03_18_550148.pdf (Erişim Tarihi: 01.09.2021)

17 Kaynak kod ve nesne kodu, bir programın bilgisayarda çalıştırılmaya hazır olması için derlenmesinden önceki ve sonraki durumlarıdır. Kaynak kod, bir metin editöründe yazılmış program komutlarını içerir. Bu metin dosyası derlenerek nesne dosyası haline dönüşür. Nesne kodu, insanların anlayamayacakları ancak bilgisayarın anlayabileceği biçimdeki komut dizilerini içerir.

Açık Kaynak Girişimi⁶’ne (Open Source Initiative) göre ise, “açık kaynak kodlu yazılım” kavramı, sadece “kaynak kodlarının erişilebilir olması” olarak anlaşılmamalıdır. Kurum tarafından “açık kaynak kodundan” söz edebilmek için, kaynak kodlarının herkese açık olmasının yanı sıra belirli kriterlerin de bulunması gerektiği ifade edilmektedir⁷. Şöyle ki, kaynak kodlarının ücretsiz olması, kaynak kodları temin eden kişi/ kişilerin bu kodlar üzerinde değişiklik yapabilmesi ve buna benzer kriterlerin yer alması gerekmektedir. Günlük hayatımızda dahi ismini bir hayli duyduğumuz Firefox, Linux gibi yazılımlar açık kaynak kod uygulamasının sonucu olarak meydana gelen yazılımlardır⁸. Bu noktada, açık kaynak kodlu yazılım lisanslarına göre işleme kavramının izahından önce kaynak kod kavramının detaylandırılmasının elzem olduğu kanaatindeyiz.

Kaynak Kod, “bilgisayar programının programcı tarafından bir programlama diliyle yazılan formu”⁹, “bir kişi tarafından düz metin şeklinde ve bir programlama diliyle yazılmış ve o dile ait komutlar, ifadeler ve bunların komut setlerini barındıran yazılımın bir biçimi”¹⁰, “bilgisayar programcısı tarafından programlama dilinde yazılan ve bilgisayarın yapması gerekenlere ilişkin talimatları içeren bir bütün”¹¹ şeklinde farklı tanımları olan bir kavramdır. Ancak özetle kaynak kod, programlama dillerinden biriyle ve istenilen amaca uygun olarak o dilin gramer yapısı ve komutları kullanılarak yazılan komutlar bütünü¹² olarak tanımlanabilecektir.

Yazılımlar ise kaynak kodlar temelinde oluşturulmakta olup kapalı kaynak kodlu yazılımlar ve açık kaynak kodlu yazılımlar olarak iki kategoriye ayrılmaktadır¹³. Açık kaynak kodlu yazılım, en basit haliyle kaynak kodları herkese açık olan yazılımdır¹⁴. Bu üçüncü kişi/ kişilerin açık kaynak kodları üzerinde herhangi bir değişiklik yaparak kendi sürümlerini meydana getirebileceği anlamına gelmektedir. Bu haliyle söylemek isteriz ki, açık kaynak kodları çalışmamızın temel konusu olan işleme faaliyetine oldukça elverişli ve esasında bu amaçla oluşturulmuş bir sistemdir.

III. AÇIK KAYNAK KODLARININ VE İŞLEMELERİNİN FSEK’TEKİ YERİ

A. Açık Kaynak Kodunun FSEK’teki Yeri

Kaynak kodlar FSEK m. 2/1’de “her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları” ifadeleri çerçevesinde korunmaktadır. Bir bilgisayar programının/ yazılımın; hazırlık aşamasından son haline gelinceye kadar kaynak kodu, nesne kodu ve makine kodu gibi birçok biçimi bulunmaktadır. FSEK’te yer alan “her biçim altında ifade edilen” ibaresi ile her ne kadar açık olarak kaynak kod belirtilmemiş olsa da kaynak kod dâhil olmak üzere bilgisayar programının tüm biçimleri koruma kapsamına alınmaktadır.

Ticarette Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (“TRIPS”) da m. 10/l. bendinde¹⁵ “Kaynak veya nesne kodundaki bilgisayar programları Bern Sözleşmesi (1971) kapsamında edebi eserler olarak korunacaktır.” ifadeleri ile kaynak kodlarına edebi eserler statüsünde koruma sağlanmaktadır.

WIPO Telif Hakları Antlaşması’nın 4. maddesinde¹⁶ “Bilgisayar programları, Bern Sözleşmesi’nin 2 nci maddesi anlamında edebiyat eseri olarak korunur. Öngörülen koruma, hangi koşul ya da biçimle ifade edilirse edilsin bilgisayar programlarına uygulanacaktır.” Denilerek “hangi koşul ya da biçimle ifade edilirse edilsin” ifadeleri ile kaynak koda koruma sağlanmaktadır.

FSEK kapsamında açık bir biçimde kaynak kod terimi kullanılmamış olsa da metinde yer verilen “her biçim altında ifade edilen” ifadelerinin salt nesne kodunu¹⁷ işaret etmediği ve kaynak kodunu da içerdiği ifade edilebilecektir. Açık kaynak kodlarının ise, kaynak kodunun bir alt başlığı olduğu dikkate alındığında şu aşamada FSEK çerçevesinde yer aldığı kabulü pekâlâ mümkündür. FSEK kapsamında eser olarak kabul edilmenin şartlarını açık kaynak kodlarının da taşıdığı dikkate alındığında, kaynak kodlarına uygulanacak kanun hükümlerinin açık kaynak kodlarına da kıyasen uygulanması mümkündür.

B. İşleme Hakkı ve İşlenmiş Eser

Fikri hukuk korumasında temel kural; eserin bağımsız olarak meydana getirilmesi iken kanun koyucu “diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip de bu esere nispetle müstakil olmayan” fikri ürünler için de bağımsız eserler gibi koruma öngörmüştür¹⁸. Bu işleme fiili ilk eserin eser sahibi yahut onun izniyle başkası tarafından yapılmakta ve ortaya ilk esere bağımlı ikinci bir eser çıkarılmaktadır. İşte, ortaya çıkan bu esere “işleme/ işlenmiş eser” denmektedir¹⁹.

“İşleme” kavramı bir yönüyle yenilikçi faaliyetin kendisini, diğer yönüyle de bu faaliyetin neticesi olarak ortaya çıkan fikri ürünü ifade etmektedir²⁰. Eser sahibinin mali hakları arasında yer alan işleme hakkı FSEK m. 21’de, “Bir eserden, onu işlemek suretiyle faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir” şeklinde tanımlanmaktadır. İşleme hakkı; eser sahibinin mali hakları arasında yer alıp, devredilebilme, miras yoluyla intikal edebilme, lisansa konu olma ve benzeri özelliklere sahiptir. Ancak işleme hakkını diğer mali haklardan ayıran en önemli kısım işleme hakkını kullanan kişinin ortaya koyması gereken yenilik unsurudur. Bir başka deyişle eser sahibinin onayı çerçevesinde mali hakların eser sahibi haricinde bir üçüncü kişi tarafından kullanılması halinde yeni bir ürünün meydana gelmesi şartı aranmamaktadır. İşleme hakkı, üçüncü kişi tarafından işlenen eser üzerinde yapılacak bir yeniliği gerekli kılmaktadır²¹. Yeni bir eser meydana getirme faaliyeti sonucunda meydana getirilen işleme eser üzerinde, asıl eserden bağımsız olarak yeni bir ürün ve buna bağlı yeni mali haklar doğmaktadır²².

“İşleme” kavramı bir yönüyle yenilikçi faaliyetin kendisini, diğer yönüyle de bu faaliyetin neticesi olarak ortaya çıkan fikri ürünü ifade etmektedir.

Bir eseri işlemek yoluyla yeni bir eser meydana getirilmesi, bunu yapanın “ferdi hususiyetlerini taşıyan bir fikir mahsulünün” ortaya konmasına bağlıdır. Bu sebeple bütün küçük değişiklikler ve önemsiz şekil farklılıkları telif hukukunun “işleme eser” kavramının dışındadır²³. Ancak işleyen kişinin hususiyetini taşıması unsuru, FSEK kapsamında eser tanımında yer alan hususiyet kavramı ile benzer şekilde yorumlanmamalıdır. Nitekim Yargıtay da bir kararında “Her ne kadar aynı maddenin (FSEK m.6) ikinci fıkrası, bu tür işlenmelerin eser sayılabilmesi için işleyen özelliğini taşıması gerektiğini kabul etmiş ise de, buradaki özellik hiçbir zaman yaratıcı bir fikri çalışma niteliğinde olmayıp, daha ziyade eser sahibine mal edilebilecek olan nispeten müstakil bir fikir emeğinin varlığı yeterli görülmüştür.”²⁴ diyerek bu hususa değinmiştir.

İşleme eser ile asıl eser arasındaki ilişkinin belirtilmesi, asıl eser sahibinin manevi hakları ile ilgili bir yükümlülüktür. Eserin işlenmesi için hak sahibinden izin alınması bu yükümlülüğün ayrı bir koşuldur. Dolayısıyla asıl eseri işlemek için yetkisi olan kimse, meydana getirdiği fikri ürünün bir işleme olduğunu belirtmek ve işlenen orijinal eserin künyesini vermek zorundadır²⁵.

DİPNOT

18 Mustafa Ateş, Fikri Hukukta Eser, Turhan Kitabevi, sayfa 287.

19 Ateş, Fikri Hukukta Eser, s.287-288.

20 Fırat Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku . Ankara: Turhan Kitabevi, 2008, sayfa 222.

21 Uğur Tekerci, Telif Hukukunda İşleme Eserler, Ankara, 2017, sayfa 27

22 Engin Erdil, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşleme Eserler, Beta Yayınları, İstanbul, sayfa 93.

23 Tekerci, sayfa 26

24 Yargıtay 4.HD, 11/02/1972 tarihli ve 1971/12331 E. 1972/1080 K. sayılı karar. Kararın tam metni için bkz. **Erdil, Engin**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, C. 1, İstanbul 2009, sayfa 327.

25 İlhami Ateş, Fikri Hukukta Eser, s.312.

BÖLÜM 3/6

FSEK m. 48 hükmü gereğince eser sahibi veya mirasçıları kendilerine kanunen tanınan mali hakları süre, yer ve içerik bakımından sınırlı veya sınırsız, bedel karşılığı yahut ücretsiz olarak başkalarına devredebilirler. Bir eserden işleme eser meydana getirecek kişinin, asıl eser sahibinden devralması gereken en temel mali hak işleme hakkı olup, bunun devralınmış olması işleme eserin çoğaltılıp yayılması gibi doğal neticeleri de bünyesinde barındırmaktadır. Yani işleme hakkını asıl eser sahibinden devralan, işleme eserini meydana getirdikten sonra bundan iktisaden yararlanma hakkına da sahiptir. Doktrindeki çoğunluk görüşü, işleme hakkının devredildiği durumlarda meydana getirilen işleme eser üzerinde doğan mali haklardan işleme eserin oluşturulma amacına uygun olanların kullanılabilmesi için asıl eser sahibinden ayrıca izin alınmasının gerekmediği yönündedir²⁶. Mali hakların devrine ve/veya lisanslarına ilişkin olarak FSEK m. 52'de "Mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır" şeklinde düzenleme getirilmiş ve mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi zorunlu tutulmuştur²⁷. Bu takdirde işleme hakkına ilişkin sözleşmelerin maddede belirtilen şekil şartlarını taşımadığı açıktır. Ancak bahse konu şekil şartına aşağıda yer verileceğinden şu an için değinmeyi yeterli bulmaktayız. Netice itibarıyla, çalışmamızın konusu olan açık kaynak kodlu yazılımların FSEK çerçevesinde eser olarak kabul ediliyor olması nedeniyle, anılan eser üzerindeki işleme faaliyeti sonucu ortaya çıkan kaynak kod/ yazılımın da işleme eser olarak FSEK çerçevesinde koruma bulacağı söylenebilecektir.

C. Açık Kaynak Kodlu Yazılımların İşlenmesi

İşleme hakkının düzenlendiği FSEK m. 6, işleme eserlerin korunması için iki şart koşmuştur: "İstifade edilen eserin sahibinin haklarına zarar getirmemek şartıyla oluşturulan ve işleyen hususiyetini taşıyan işlenmeler, bu Kanuna göre eser sayılır." Buna göre asıl eser sahibinin eseri üzerindeki herhangi bir hakkına zarar vermeyen ve sahibinin hususiyetini taşıyan bilgisayar programları da bir işleme eserdir ve kanun çerçevesinde korunurlar²⁸.

İşleme eserlerin sahibi FSEK m. 8'de düzenlenen asıl eser sahibi değil, "Bir eserin sahibi onu meydana getirendir. Bir işlenmenin ve derlemenin sahibi, asıl eser sahibinin hakları mahfuz kalmak şartıyla onu işleyen" olarak kabul edilmiştir. Bu hükme dayanarak işleme yazılımlarının sahibinin, işleyen olduğu da açıktır. İşleme eser sahibi ise eseri üzerindeki mali hakları FSEK m. 20'ye göre asıl eser sahibinin müsaade ettiği nispette kullanabilmektedir.

FSEK; işleme eser ile asıl eser arasındaki ilişkiyi "Bir güzel sanat eserinden çoğaltma ile elde edilen kopyalarla bir işlenmenin aslı veya çoğaltılmış nüshaları üzerinde asıl eser sahibinin ad veya alametinin, kararlaştırılan veya adet olan şekilde belirtilmesi ve vücuda getirilen eserin bir kopya veya işleme olduğunun açıkça gösterilmesi şarttır." demek suretiyle devamlı tutmayı amaçlamıştır. Buna göre yukarıda ifade ettiğimiz üzere işleme eserde asıl eser sahibinin adı yer almalı, asıl eser sahibine ilişkin atıf bulunmalıdır. Aksi takdirde işleyen başkasına ait bir eseri kendisi meydana getirmiş izlenimi vermiş olacaktır²⁹.

FSEK m. 38/III her ne kadar "bilgisayar programlarına" ilişkin düzenleme getirmiş olsa da yukarıda ifade edildiği üzere bu hükmün kıyasen yazılımlara ve kaynak kodlara uygulanması da mümkündür. Anılan maddede bir bilgisayar programını yasal yollarla elde eden kişinin yazılım üzerinde değişiklik yapma hakkı olduğu ifade edilmiştir. Burada kanun metninde yer alan "hataların düzeltilmesi" ifadesinin üzerinde durmak gerekmektedir. Hiç şüphesiz yazılımın asıl amacına uygun düzeltme ve değişiklikler işleme olarak ele alınmayacaktır. Bu nedenle, değişiklik veya uygulama suretiyle geliştirilen bilgisayar programının/ yazılımın, işleme eser olarak kabulü için asıl yazılımın özelliklerini yansıtması ve önemli boyutta farklılık içermesi gereklidir.

Her ne kadar bir eserin işlenmesinden kastedilen, bağımsız bir eser yaratmak değilse de mevcut eseri başka bir şekilde dönüştürmek olduğu ifade edilmektedir. FSEK m. 6/III hükmüne göre, program geliştiricisinin yaptığı işleme faaliyetlerinde de kendisine ait bir özellik bulunması şarttır. Bu bakımdan, herkesin rutin olarak yapabileceği değişiklikler, işleme eser sayılmayacaktır.

DİPNOT

26 Güneş, sayfa 128.

27 Tekerci, sayfa 26

28 Özen, sayfa 34

29 Mustafa Ateş, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlanması, Ankara, Seçkin Yayıncılık, sayfa 45

IV. AÇIK KAYNAK KODLU YAZILIM LİSANSLARINA
GÖRE İŞLEME

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi kural olarak, bir bilgisayar programı çalıştırıldığında kullanıcı ilgili programın kaynak kodlarına erişememektedir³⁰. Bir başka deyişle sunulan özelliklerin nasıl sunulduğu, hangi kodlarla temellendirildiği kullanıcı tarafından görülmemektedir ve üzerinde herhangi bir değişiklik yapılamamaktadır. Kapalı kaynak kodlu bir yazılımın kullanıcısı tamamen pasif bir haldedir ve kendisine sunulan çerçevede işlem gerçekleştirebilmektedir. Açık kaynak kodlu yazılımlarda ise durum tam tersidir. Herhangi bir kişi temin ettiği açık kaynak kodlu bir yazılımın yalnızca kullanım hakkına değil, geliştirme, uyarılama ve başkalarına yayma hakkına da sahip olmaktadır³¹.

Ancak açık kaynak kodlu yazılımlarda kodun kullanılmasının serbest olması, o yazılımların istenildiği gibi kullanılacağı anlamına gelmemektedir. Açık kaynak yazılımın lisans şartlarının ihlali durumunda; intihal veya yazılım telif hakkı sahibinin korunması hususları gündeme gelmektedir. Hal böyleyken, açık kaynak kodlu yazılımların değiştirilmesi ve paylaşılması durumlarında ilgili yazılımın lisans şartlarının değerlendirilmesi gerekmektedir. Her ne kadar açık kaynak kodlu yazılımlar lisans sahibine temel kaynak kodlarını sunuyor olsalar da lisansların içeriklerini belirli bir çerçevede sınırlandırmaktadır³².

Telif hukuku kapsamında yer alan lisans sözleşmesi ile bağlılık, açık kaynak kodlu yazılımlar için de geçerlidir³³. Şöyle ki, açık kaynak kodlu yazılımın kaynak kodlarını kullanan, değiştiren veya çoğaltan kişi, açık kaynak kodlu yazılımın sahibi tarafından tercih edilen lisans şartlarına uymak zorundadır, aksi takdirde telif hakkı ihlali iddiası ile karşılaşması mümkündür³⁴. Açık kaynak kodlu yazılımlara ilişkin olarak birçok lisans bulunmakla birlikte çalışmamızda en yaygın kullanılanlara değinilerek lisansların tanıdığı haklara kısaca yer verilecektir.

Açık kaynak kodlu yazılımlara ilişkin hakların, diğer yazılımlarda olduğu gibi lisans ile düzenlenmesi, devredilmesi gerekmektedir. Bu lisanslar, açık kaynak kodlu yazılımın kullanımı, dağıtımını, geliştirilmesi gibi yazılımın belli haklarını ve sınırlarını koruyan, yazılımı geliştiren ve kullanacak, değiştirecek, dağıtacak kişiler arasındaki kontratlardır. MIT Lisans, APACHE Lisans ve GNU gibi benzer birçok açık kaynak lisansı bulunmakta olup, doğru lisans seçimi büyük önem taşımaktadır³⁵.

A. Genel Kamu Lisansı (GPL/ General Public License)

Türkçe'ye Genel Kamu Lisansı olarak tercüme edilen GPL lisansı, 1983 yılında Richard Stallman tarafından geliştirilmiş bir lisans türüdür. GPL'in en çok üzerinde durduğu konu yazılımların kaynak kodu ile birlikte dağıtılmasının gerekliliğidir. Açık kaynak kodu değiştiren/ işleyen kişi, ortaya çıkan nihai yazılımını birleşik bir yazılım olarak dağıtsa bile kaynak kodunu herkes tarafından erişilebilir kılmak zorundadır.



DİPNOT

30 Arslan, sayfa 3

31 Klaus M Schmidt, ve Monika Schnitzer, "Public Subsidies for Open Source, Some Economic Policy Issues of the Software Market", Harvard Journal of Law and Technology, sayfa 475

32 Arslan, sayfa 14

33 A. Franco Katherine, "Protecting Free and Open Source Software: Solutions in the Digital Millennium Copyright Act," Columbia Science and Technology Law Review 12 (2011): 159-193, sayfa 161

34 Özen, sayfa 71

35 Elif Avcı, Aydın Tark Zengin, Özgür Yazılım ve Açık Kaynağın Güncel Kullanımına Örnekler ve Durum İncelemesi, İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi, sayfa 3

BÖLÜM 3/6

Bu lisans çerçevesinde kullanıcı, kodunu alıp inceleyebilir, üzerinde istediği değişikliği yapabilir, kendi projelerinde veya yazılımlarında kodun tamamını ya da bir parçasını kullanabilir. Hatta başkasının kod parçasını alıp birkaç değişiklik yapıp, satarak maddi kazanç da elde edebilir. Bunun şartı ise, yeni üretilen programın da GPL ile lisanslanması zorunludur³⁶. Bir başka deyişle, GPL lisansının kullanılabilmesi için, yazılımların kaynak kod dosyalarına telif bildirisi ve yazılımın tüm haklarının GPL lisansı altında korunduğuna ilişkin bir bildiri eklenmesi önemlidir. Bu yazılım lisansı ile Stallman'ın öncülük etmiş olduğu açık kaynak kodu uygulaması işlerlik bulmakta, ortaya çıkan her nevi kod herkese açık, herkes tarafından erişilebilir ve kullanılabilir hale gelmektedir³⁷.

B. MIT Lisansı

MIT; dünya üzerinde en yaygın kullanılan, Massachusetts Teknoloji Enstitüsü tarafından geliştirilmiş, işlevsel bir lisans türüdür. MIT lisansı ile yazılıma ait kaynak kodlar hem yazılımı meydana getirenler hem de açık kaynak kodlara erişerek yazılımı geliştirenler tarafından istenildiği ölçüde değiştirilebilir, yeni versiyonları geliştirilebilir, kopyalanabilir, satılabilir, yayılabilir, alt lisanslama yapılabilir ve dağıtılabilir. Yazılımın tüm kopyalarına ve önemli parçalarına eklenmesi gereken MIT Lisans metni incelendiğinde de görülmektedir ki, yazılımı imal eden, geliştiren veya sair şekilde yazılımı kullanan tarafların hiçbir hukuki sorumluluğu bulunmamaktadır.

C. Apache Lisansı

Apache Yazılım Vakfı tarafından geliştirilmiş, diğer yazılım lisanslarında olduğu gibi kullanma, değiştirme, geliştirme, lisansın bir kopyası eşliğinde dağıtma ve benzeri hakları sağlayan ancak özgür bir açık kaynak kodlu yazılım lisansıdır. Apache Lisansı, kullanıcıya yazılımda değişiklik yapma hakkı sağlarken, değişiklik yapılan her dosyaya, değişiklik yapıldığını belirten bir bildirim eklenmesini gerektirmektedir. Ayrıca, yazılıma katkı sağlayan herkese telif/ patent alma hakkı vermektedir.

D. BSD Lisansı

BSD lisansı da GPL lisansı gibi yazılımın kullanımı üzerine neredeyse hiçbir sınırlama getirmeyen, yine kullanma, değiştirme, geliştirme, kopyalama, satışa sunma, dağıtma ve benzeri hakları sağlayan, kamu fonlarından sağlanan finansmanla geliştirilen yazılımlarda kullanılan özgür lisans türlerindedir. Ancak BSD'nin GPL lisansından önemli bir farkı, BSD lisanslı bir yazılımdan türetilen yazılımların kaynak kodları kapalı hale getirilerek satışa sunulabilmesidir. Bu anlamda, GPL'nin açık kaynak kod ve kolektif çaba felsefesiyle ters, ticari kullanıma daha uygun bir lisans türü olduğu söylenebilir.

Tablo 2.2: Açık kaynak lisansların sunduğu imkânlar ve kısıtlamalar (Croft, 2003; Todd, 2007; New Media Rights, 2008; Khason, 2009).

| | Yazılımlarla lisans yayımlanmak zorundadır | Ticari Yazılımlarla birlikte kullanılabilir | Değiştirilen kaynak kod yayımlanmak zorundadır | Yazılımlar ücretle satılabilir | Yazılımların lisans tipi değiştirilebilir |
|---------------|---|--|---|--------------------------------------|---|
| Apache 2.0 | ✓ | ✓ | ✗ | ✓ | ✓ |
| GPL v2 | ✓ | ✗ | ✓ | ✓ | ✗ |
| LGPL v2 | ✓ | ✓ | ✗ | ✓ | ✓ |
| MIT | ✓ | ✓ | ✗ | ✓ | ✓ |
| BSD | ✓ | ✓ | ✗ | ✓ | ✓ |

Yukarıda Özen tarafından hazırlanan tablo incelendiğinde, GPL lisansının; açık kaynak kodlu yazılımın kullanıcılarını işleme yazılıma ilişkin sınırlandırdığı, bir başka deyişle sunulan açık kaynak kodu üzerinden yeni bir yazılım meydana getirildiği takdirde bu yazılımın da GPL lisansına tabii olacağı ve ticari olarak kullanılmayacağı açıktır. Yukarıda kısaca yer verilen lisansların koşullarına aykırı hareket edilmesi, açık kaynak kodlu yazılımlarda intihale veya yazılımın telif haklarının çiğnenmesine yol açmaktadır.

Açık kaynak kodlu yazılım lisansları, kullanıcı ve lisans veren tarafından karşılıklı mutabakat sonucu imzalanan metinler olmamakla birlikte sözleşmeye ilişkin herhangi bir somut evrak da bulunmamaktadır. FSEK m. 52 çerçevesinde ise mali haklara ilişkin sözleşmelerin "yazılılık" şekli şartına uygun olarak akdedilmesi gerekmektedir, açık kaynak kodlu yazılım lisanslarında bu şekli şartı bulunmamaktadır. Ancak söz konusu yazılımların temelinde yer alan, hızlı erişilebilirlik ve herkes tarafından kullanılma hususları da bu noktada göz önünde bulundurulmalıdır.

Lisans kullanıcı tarafından kaynak kodunun kullanılması için tercih edilen lisans metninin yazılımda yer alması gerektiği, kaynak kodu kullanan tarafın ise yazılımını bu temel ile oluşturduğunu beyan etmesi önem arz etmektedir. Şöyle ki, lisans veren tarafından kaynak kodların herkes tarafından kullanılmasına rıza verildiği aşıkardır, benzer şekilde yazılım için söz konusu açık kaynak kodunu kullanacak kişilerce de yazılımlara lisansa ilişkin kısa metinlere yer vermesi suretiyle taraflar arasında rızanın oluştuğu kabul edilmelidir. Madde metnindeki yazılılık bahsine ilişkin olarak ise, yazılımın herkese açık kısmı olan bölümde yer verilmesi ile karşılığının kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Aksi takdirde açık kaynak kodlu yazılım uygulamasının işlevselliği engellenmiş olacaktır. Bu noktada şekli şartının somut olay bazında değerlendirilmesi gerektiği ve açık kaynak kodlu yazılım lisanslarında birebir uygulanmasının doğru olmayacağı kanaatindeyiz. Nitekim Yargıtay bir kararında³⁸ "eserin promosyon dağıtımından yaklaşık on ay kadar sonra davalı-karşı davacının eseri yeniden basması karşısında promosyon baskıdan davalı-karşı davacının önceden haberdar olduğunun anlaşıldığı, davalı-karşı davacının açtığı davanın hukuki dayanağı bulunmadığı, yazarın davalı-karşı davacıya eserin 10.000 adet nüshasının perakende olarak basıp satmak üzere yetki verdiği, yazılı bir sözleşme bulunmadığı, yazılılık geçerlilik şartı olsa da sözlü anlaşmanın yapılmasından ve eserin çoğaltılıp piyasaya sunulmasından sonra bu yönde savunmada bulunulmasının iyi niyet kuralları ile bağdaşmadığı, sözleşmenin geçerli olduğu" demek suretiyle yazılılık şartının somut olay çerçevesinde uygulanmasını tercih etmiştir.

Nihai olarak her ne kadar FSEK metninde açık şekilde yazılılık şartı düzenlenmiş olsa da, günümüzde yaşanan gelişmeler, FSEK metninin geçmiş tarihli olması nedeniyle ilgili madde somut olay bazında değerlendirilebilecektir. Zira kanun koyucu tarafından ön görülemeyecek olan açık kaynak kodlu yazılım hareketi nedeniyle Türkiye'de yer alan yazılımcıların emeklerini koruma hakları ihlal edilmemelidir. Bu sebeple açık kaynak kodlu yazılım hareketinin amacı da dikkate alınarak, yazılım lisanslarının yazılılık şartını sağlamasa dahi geçerli olduğunun kabul edilmesi gerektiği görülmektedir.



DİPNOT

36 Dana Beldiman, "From Bits to Atoms: Does the Open Source Software Model Translate to Open Source Hardware?", Santa Clara High Technology Law Journal, 2018, sayfa 37

37 Beldiman, s. 38

DİPNOT

38 Yargıtay 11. HD., 23.01.2017 T., 2015/12427 E., 2017/425 K.

BÖLÜM 3/6

V. SONUÇ

Yazılımların temelini oluşturan kaynak kodlar, 1990'ların sonunda başlayan bir uygulama ile herkese açık olacak şekilde paylaşılmaya başlanmıştır. Bu şekilde yazılıma ait kaynak kodlar kullanıcı tarafından da paylaşılabilen, değiştirilip yeni bir forma dönüştürülebilmektedir. Kaynak kodlarda yer alan hataların giderilmesi, yazılım alanında güçlü ve işlevi yüksek yazılımlar meydana gelmesini sağlamakta, yazılım alanında tekelleşmeyi önlemektedir. Bu haliyle açık kaynak kodlu yazılımların işlemeye açık halde olduğu aşikardır.

FSEK çerçevesinde açık kaynak kodu ya da kaynak kodu kavramları bizatihi düzenlenmemiştir. Ancak madde metninde yer verilen her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ifadesi, çalışmamızın konusu olan açık kaynak kodu ve açık kaynak kodlu yazılımların da FSEK dahilinde değerlendirilmesine imkân sağlamaktadır. Bu takdirde kullanıcıya verilen açık kaynak kodunda esaslı değişiklikler yapılmak suretiyle yeni bir yazılımın meydana getirilmesi halinde işleme eserin ortaya çıktığı kabul edilecektir. İşleme hakkı, eser sahibinin mali haklarından biri olduğundan, hiç şüphesiz bu hakkın kullanılabilmesi, orijinal açık kaynak kodunun sahibinden izin alınmasına bağlıdır. Bir diğer ifadeyle işleme faaliyeti neticesinde ortaya çıkan işleme eser üzerindeki hakları kullanmak için, işlenen orijinal eser sahibinin (açık kaynak kodu yazarının) rızası alınmalıdır.

Her yazılım türünde olduğu üzere açık kaynak kodlu yazılımlarda da lisanslama yöntemi tercih edilmektedir. Açık kaynak kodlu yazılım lisansları kısıtlı açık kaynak lisansı ve özgür açık kaynak lisansı olmak üzere ikiye ayrılabilir³⁹. Özgür açık kaynak lisansında kullanıcılar, açık kaynak kodlarında değişiklik yapmak suretiyle işleme eser meydana getirebilmektedir. Kullanıcılar, aynı zamanda bu işleme eserlere ilişkin tasarrufta bulunma konusunda da serbestiye sahiptir⁴⁰. Oysa kısıtlı açık kaynak lisansında kaynak kodlarını kullanarak işleme eser meydana getiren kişi, orijinal kod için öngörülen lisans hükümleri çerçevesinde eseri çoğaltabilmektedir⁴¹. Günümüzde en yaygın kullanılan lisanslar MIT, GPL, BSD Apache lisanslarıdır. GPL lisansı kısıtlı kaynak lisansı olmakla birlikte açık kaynak hareketinin devamını sağlamak amacıyla düzenlenmiştir. Bu çerçevede lisans sonucunda ortaya çıkan yazılım da GPL lisansına sahip olmakta ve açık kaynak kodu olarak anılmaktadır. MIT, BDS ve Apache lisanslarında durum bu şekilde değildir. Söz konusu lisanslarda lisans alan, meydana gelen yeni yazılımın paylaşılması yahut lisansın ticari kullanımı gibi haklara sahip olmaktadır.

Yazılım lisanslarına ilişkin tartışmalı olan bir diğer kısım ise sözleşmelerin yazılı olup olmadığı meselesidir. FSEK m. 52 çerçevesinde mali haklara ilişkin tasarruflar yazılı olarak gerçekleştirilmelidir. Ancak yazılım lisanslarında metinler bahse konu şekilde yazılı olarak gerçekleştirilmeyip, yazılımın bir kısmına eklenmektedir. Açık kaynak kodlu yazılım hareketinin amacı ve işlevi düşünüldüğünde; yazılımın açık kaynak kodlarının kullanıldığı kısımlarında söz konusu lisans hükümlerine yer verilmesinin, bu şartın gerçekleştiğinin kabulü için yeterli olduğu kanaatindeyiz.



DİPNOT

³⁹ Scott Thiel, "Understanding Open-Source Software - Is It the End of Proprietary Software," *Managing Intellectual Property* 241 (2014): 41-43, s. 41

⁴⁰ Thiel, s. 41

⁴¹ Thiel, s. 41

KAYNAKÇA

A. FRANCO KATHERINE, "Protecting Free and Open Source Software: Solutions in the Digital Millennium Copyright Act," *Columbia Science and Technology Law Review*

A. GOLDBERG MATTHEW, "Open Source Software Licenses Held Enforceable" *Litigation News* 34, no. 2 (Winter 2009): 3-4, sayfa 3; ARSLAN, Oğuz, *Yeni Kamusal Mal: Özgür ve Açık Kaynak Kodlu Yazılım*, Nisan Kitabevi, Ankara, 2011,

DANA BELDIMAN, "From Bits To Atoms: Does The Open Source Software Model Translate To Open Source Hardware?," *Santa Clara High Technology Law Journal*, 2018, Sayfa 37

DAVID FERRANCE, "Economic Interests And Jacobsen V. Katzer: Why Open Source Software Deserves Protection Under Copyright Law"

ELİF AŞICI, AYDIN TARIK ZENGİN, *Özgür Yazılım ve Açık Kaynağın Güncel Kullanımına Örnekler ve Durum İncelemesi*, İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi

ELİF SEVİNÇ, *Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007

ENGİN ERDİL, *Fikir Ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler*, Beta Yayınları, İstanbul

FIRAT ÖZTAN, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2008

KLAUS M. SCHMİDT VE MONIKA SCHNİTZER, "Public Subsidies for Open Source. Some Economic Policy Issues of the Software Market", *Harvard Journal of Law and Technology*,

MUSTAFA ATEŞ, , *Fikir Ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı Ve Sınırlandırılması*, Ankara, Seçkin Yayıncılık

MUSTAFA ATEŞ, *Fikri Hukukta Eser*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012

PELİN ÖZKAYA, REFİK SAMET, "Yazılım Ürünlerinin Telif Hukuku Kapsamında Korunması", *Uluslararası Bilgi Mühendisliği Dergisi*

ROBERT W., Gomulkiewicz, "De-Bugging Open Source Software Licensing," *University Of Pittsburgh Law Review*

SCOTT THIEL, "Understanding Open-Source Software - Is It the End of Proprietary Software," *Managing Intellectual Property* 241 (2014): 41-43, s. 41

UĞUR TEKERCİ, *Telif Hukukunda İşlenme Eserler*, Ankara, 2017

YADAV, A., 2008, *Microprocessor 8085, 8086*, New Delhi-India, University Science Press/Laxmi Publications Pvt. Ltd.

ZEKİ ÖZEN, *Bilişim Hukukunda Kaynak Kod İntihali*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü

http://www.linio.org/source_code.html (Erişim Tarihi: 01.09.2021)

https://www.telifhaklari.gov.tr/resources/uploads/2012/03/18/2012_03_18_550148.pdf (Erişim Tarihi: 01.09.2021)

https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf (Erişim Tarihi: 01.09.2021)